Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Ueberdies wird nach der gemeinen Ansicht einzig dem Schuldner Schutz gewährt, und zwar in einem überflüssigen Maaße, während nach der hier vertheidigten Meinung auch der Cedent, weit entfernt, ungerechte Nachtheile zu erleiden, vor Machinationen behütet wird, die ihn nicht weniger oder vielmehr noch bedeutender treffen müssen, als den Cessus. Nach jener Erklärungsweise erreicht das Gesetz seinen Zweck nur auf Kosten der Gerechtigkeit, gewährt dem Einen zu Vieles, um den Anderen verhältnißmäßig zu berauben, während nach dieser alle solche Uebelstände verschwinden, Alles sich auf das Beste ausgleicht.

Die Beweiskraft der hier mitgetheilten Gründe wird endlich dadurch verstärkt, daß man ihnen nirgends haltbare erhebliche Gründe opponirt hat. Denn die Art und Weise, wie das Verhältniß zwischen cst. 22. mand. und cst. 23 eod. regelmäßig verkannt wird, muß jedem Unbefangenen sofort einleuchten. Weiterer Bemerkungen scheint es nach dem bereits Hervorgehoben über diesen Punkt nicht zu bedürfen.

IV.

Beiträge zur Geschichte und Theorie der reformatio in pejus*).

Von

Herrn **Dr. J. B. Sartorius,**
Professor in Heidelberg.

§. 1.

Begriff der reformatio in pejus. Ursprung der Benennung.

In weitester Bedeutung genommen ist reformatio in pejus eine zweite oder spätere Entscheidung, welche für eine

*) El. Aug. Stryk de communione appellat. 1687. (In Sam. Strykii diss. jurid. Francof. Vol. V. Frcf. 1744. p. 587—602). Lu-

Partei oder auch für beide Parteien ungünſtiger iſt, als ein entſprechendes vorhergegangenes Erkenntniß. Inſoferne iſt der Regel nach in jedem abändernden Urtheile eine reformatio in pejus enthalten, weil dadurch die Lage wenigſtens Einer Partei verſchlimmert wird. Allein nach dem techniſchen Sprachgebrauche und nach dem engeren juriſtiſchen Begriffe wird zur reformatio in pejus Folgendes erfordert:

1) Die Entſcheidung muß als eine wahrhaft reformirende von einer höheren Inſtanz ausgegangen ſein. Wo alſo der Richter ſein eigenes Urtheil reſcindirt, iſt eine reformatio in pejus nicht erfolgt. Urſprünglich und vorzugsweiſe hängt die reformatio in pejus mit dem Inſtitute der Appellation zuſammen.

2) Der Nachtheil oder das pejus muß dem Appellanten oder demjenigen, welcher ſich des Rechtsmittels

---

dolph. Ant. Gerdes (pr. G. A. Schuberth) de adhaesione appellat. Lips. 1720. G. Sturm (S. R. Hauschild) de adhaes. minus principali per alterius leuterationis v. appell. renunc. non exspir. Vitemb. 1734. Sündermahler de adhaes. appell. Wirceb. 1742. Carol. Georg. Riedesel L. B. ab Eisenbach (pr. G. D. Hoffmann) de adhaes. et commun. appell. Tubing. 1749. Mehlen üb. d. Appellation u. andere Impugnativmittel gegen richterliche Erkenntniſſe, beſonders in Rückſicht auf Schwediſch-Pommern und Mecklenburg. Berlin u. Stralſund. 1791. S. 24—41. J. A. Th. Kindii quaest. forens. Tom. III. (Ed. II. Lips. 1807.) Cap. 77. sqq. Gönner, Handb. d. deutſch. gem. Proz. Bd. III. Erlang. 1804. S. 162 ff. Ludw. Harſcher v. Almendingen, Metaphyſik (!) d. Civilproz. Gießen 1819, mit einem neuen Titelblatt 1821. S. 211—218. Aug. Hoch, Entwickl. d. Lehre v. d. acceſſ. Appell. Adhäſ. Rottenburg 1821. Mittermaier im Archiv f. d. civiliſt. Prax. Bd. VII. (1824.) S. 86—106. Genſler, Comment. üb. Martin's Civilproz.-Lehrb. Herausgeg. v. Morſtadt. Heidelb. 1825. Bd. II. S. 119—124. W. v. der Nahmer, Samml. d. merkwürdigeren Entſcheidungen des herzogl. naſſauiſchen Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden. Bd. II. Frankf. a. M. 1825. S. 11 — 26. Linde im Archiv f. d. civiliſt. Prax. Bd. XIX. (1836.) S. 462—509. Bd. XX. (1837.) S. 53—75. Sintenis, Erläut. üb. verſchied. Lehren d. Civilproz. Bd. I. Gießen 1840. S. 418—424. Arnold im Archiv f. d. civiliſt. Prax. Bd. XXVIII. (1845.) S. 73—112.

principaliter bedient, und eine günſtigere Entſcheidung verlangt hat, zugefügt ſeyn.

3) Der Nachtheil muß die Hauptſache betreffen, die Nebenſachen (Koſten ꝛc.) werden ihrer Unſelbſtſtändigkeit wegen von dem Begriffe nicht umfaßt.

4) Endlich iſt nothwendig, daß in der reformatoriſchen Entſcheidung dem Appellanten der Nachtheil von Amtswegen zuerkannt wurde, ohne daß der Appellat, ſei es in einer beſondern Appellation oder in einer Adhäſion, den Appellationsrichter darum gebeten hat [1]). Die reformatio in pejus wird nämlich als etwas Anomales und Singuläres, von den Prozeßregeln Abweichendes vorgeſtellt [2]); die Regelwidrigkeit kann aber einzig in dem Entſcheiden von Amtswegen liegen, und zwar bei ſolchen Punkten, welche von dem Verzichte der Parteien abhängen; denn in anderen darf der Richter ohnehin und aus allgemeinen Gründen von Amtswegen ſprechen [3]). Gegen den Appellanten aber reformiren auf Antrag des Appellaten iſt eben ſo ganz in der Ordnung und gewöhnlich, als die reformatoriſchen Urtheile gegen den Appellaten auf des Appellanten Anſuchen. Dieſes Erforderniß des Erkennens von Amtswegen, ſo wie der daraus fließende Folgeſatz, daß insbeſondere eine durch Adhäſion von Seite des Appellaten veranlaßte Reformation keine eigentliche reformatio in pejus ſei, iſt — bei

1) L. 39. Cod. de appell (7. 62.) per vigorem (judicis). Gönner, Handb. d. Proz. Bd. III. S. 165. Zimmern, Geſch. d. röm. Privatrechts. Bd. III. S. 532. Heffter, Syſtem d. Civilproz.-R. §. 435. Note 18.

2) Bartol. a Saxoferr. ad L. 39. Cod. de appell. et consult. (7. 62.) Addit. Hic. est casus — multum singularis. Baldus ad L. cit. Mirabile illud, et contra regularem naturam judiciorum, nec erat statutum de jure veteri. Gönner, Handb. d. Proz. Bd. III. S. 162—164. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 445 f.

3) Pufendorf, observ. Tom. II. obs. 119. Gönner a. a. O. S. 166. Seuffert, Comm. üb. d. bayer. Ger.Ord. Erlang. 1836, ff. Bd. IV. S. 106 f. Arnold im Archiv f. d. civiliſt. Prax. Bd. XXVIII. S. 86.

der Verwirrung der Begriffe in unserer Lehre — von großer Wichtigkeit, und wird in dieser ganzen Untersuchung als Anhaltspunkt und Beweisgrund dienen. (§§. 12. 15. 16. 18.)

Alle diese Momente können aus der unten (§. 7) interpretirten L. 39. Cod. de appell. et consult. (7. 62.), insoferne diese auf die reformatio in pejus bezogen wird, nachgewiesen werden, und sind von da in den Begriff übergegangen. Uebrigens ist begreiflich, daß in jedem Urtheil dasjenige, was dem Appellanten eine reformatio in pejus ist, dem Appellaten zu einer reformatio in melius, zu einem Vortheile wird.

Um das Ganze noch anschaulicher zu machen, soll hier ein Beispiel angeführt werden: Der Kläger hat auf 6000 Thaler geklagt, in erster Instanz ist der Beklagte nur zu 4000 Thalern verurtheilt, und von dem Uebrigen entbunden worden. Der Kläger hat im Wege der Appellation gebeten, daß der Beklagte auch noch in weitere 2000 Thaler verurtheilt werde. Ohne daß der Appellat von seiner Seite auch appellirt oder adhärirt, während er sich vielmehr ganz unthätig verhalten hat, wird derselbe in zweiter Instanz von der ganzen Klagsumme zu 6000 Thalern entbunden. Dieß ist eine wahre und eigentliche reformatio in pejus.

Der Ausdruck ist, wie allgemein anerkannt wird, aus dem römischen Rechte hergenommen, und zwar aus der L. 1. pr. Dig. de appell. et rel. (49. 1.), wo Ulpian sagt: „Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat; quippe quum iniquitatem judicantium vel imperitiam recorrigat, licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet; neque enim utique melius pronunciat, qui novissimus sententiam laturus est.“ In dieser Stelle hat aber der Jurist nichts weniger im Sinn, als eine reformatio in pejus, so wie sie eben definirt worden ist, sondern er behauptet nur, daß die reformatorischen Appellationsurtheile nach ihrem inneren juristischen Werthe bisweilen schlechter und unvollkommener seien, als die Erkenntnisse erster Instanz; darauf, ob die reformatio die eine oder

andere Partei in Nachtheil verſetze, iſt gar nicht Rückſicht genommen. Man ſieht alſo, daß hier aus einer ganz gewöhnlichen Aeußerung des Klaſſikers ein beſtimmt begrenzter Kunſtname mit einer völlig veränderten Bedeutung gebildet wurde [4]).

§. 2.

Römiſches Recht vor Juſtinian.

In den Zeiten der römiſchen Republik ſcheint unſere reformatio in pejus, ſelbſt der Sache nach, dem Prozeſſe noch durchaus unbekannt geweſen zu ſeyn, weil, ſo viel wir wiſſen, eine Reformation der Urtheile in höheren Inſtanzen überhaupt gar nicht ſtattfand. In Rom beſtand die Appellation oder Provocation [1]) bei beſchwerenden Verfügungen einer mit imperium oder potestas bekleideten Behörde in dem Aufruf eines anderen Prätors [2]), eines Conſuls [3]) oder der Volkstribunen [4]) zur Interceſſion [5]). Die Aufgerufenen konnten der Ausführung einer Verfügung entgegentreten, ſich der Formel widerſetzen [6]), das judicium hinhalten [7]), und die Execution hindern [8]); dagegen lag es nicht in ihrem Berufe

---

4) Einen dem Proceſſe ganz fremden Sinn hat „in deterius reformare“ in L. 3. Cod. de pact. (2. 3.) „In melius reformare“ wird in Cod. Greg. Lib. III. tit. 6. l. 4. und hieraus in Consult. vet. ICti cap. 2. angeführt.

1) Ueber beide Benennungen ſ. Wöniger, das Sacralſyſtem u. d. Provocationsverfahren d. Römer. Leipz. 1843. S. 270—273.

2) Caes. de bello civ. III. 20. Cic. II. in Verr. I. 46.

3) Valer. Max. VII. 7. §. 6.

4) Cic. p. Quint. 7. 20. in Vatin. 14. Gell. IV. 14. VII. 19. XIII. 12. Valer. Max. VI. 1. §. 7. VI. 5. §. 4.

5) In den Provinzen fiel ſogar die Interceſſion hinweg. Zimmern, Geſch. d. röm. Privatrechts. Bd. III. S. 169.

6) Cic. p. Tull. 38.

7) Cic. p. Cluent. 27.

8) Liv. VI. 27. fin. XXXVIII. 60. Gell. VII. 19. Valer. Max. IV. 1. §. 8.

und in ihrer Macht, eine reformatoriſche Verfügung an die Stelle der verletzenden zu ſetzen[9]).

Anders in der Kaiſerzeit, in welcher die Appellation eine ganz neue Geſtalt annahm. Seit Auguſtus kamen Reformationen vor[10]), doch war noch unter Juſtinian die reformatio in pejus von alten Zeiten her unzuläſſig. Nach Juſtinian's eigenem Zeugniſſe wurden in der Appellations-Inſtanz nur diejenigen Beſchwerden berückſichtigt, welche dem Appellanten waren zugefügt worden, und um deren Beſeitigung derſelbe ausdrücklich gebeten hatte. Mochte das vorige Urtheil noch ſo beſchwerend für den Appellaten ſein, und mochte er dieſes vielleicht auch gelegenheitlich bei den Verhandlungen (als Adhärent) vorgebracht und nachgewieſen haben, ſo war eine Abänderung zu Gunſten deſſelben nicht zu erwarten. Ein ſolcher Erfolg war dadurch bedingt, daß auch der Appellat ſelbſtſtändig und unter Beobachtung aller Förmlichkeiten appellirt hatte[11]). Daher ſprach ſich der Appellationsrichter immer beſtimmt darüber aus, ob die Beſchwerdeführung des Appellanten (die Appellation) rechtlich begründet oder nicht begründet (justa vel injusta) ſei[12]), und das neue Erkenntniß konnte nur entweder beſtätigend oder abändernd zum Vortheile des Appellanten ausfallen, beſtätigend nämlich bei einer appellatio injusta, abändernd in des Appellanten Intereſſe bei

---

9) Zimmern a. a. O. Bethmann-Hollweg, Handb. d. Civilproz. Abth. I. Bd. I. §. 32. Heffter, Syſtem d. Civilproz.-R. §. 439. Wöniger in d. angeführten Schrift, wo aber in Beziehung auf den Civilproceß nur wenige Andeutungen zu finden ſind: S. 327. 335. 340. f.

10) Suet. Octav. 33. f. Dio Cass. LII. 21. 23. Cf. Suet. Calig. 16. Nero 17. Tacit. annal. XIV. 28. L. 38. pr. Dig. de min. (4. 4.) L. 1. §. 3. Dig. de appell. et rel. (49. 1.)

11) L. 39. Cod. de appell. et consult. (7. 62.)

12) L. 122. §. 5. Dig. de verb. oblig. (45. 1.) L. 24. pr. Dig. de appell. et rel. (49. 1.) L. 2. pr. Dig. quando appell. (49. 4.) L. 6. pr. Cod. de appell. et consult. (7. 62.)

einer appelatio justa. Ein noch beſtimmteres und ausdrückliches Verbot der reformatio in pejus wäre unter dergleichen Umſtänden rein überflüſſig geweſen, und aus dem Mangel deſſelben läßt ſich auf nichts weniger, als auf die ſtillſchweigende Geſtattung der reformatio in pejus, ein Schluß ziehen.

§. 3.

Eine Pandectenſtelle.

Entgegen der hier ausgeführten Behauptung, daß vor Juſtinian die reformatio in pejus nicht geſtattet geweſen ſei, wird ein Fragment aus dem bekanntlich in früherer Zeit lebenden [1]) Modeſtin angeführt [2]), und zwar L. 29. §. 1. Dig. de minor. (4. 4.) [3]). Der Fall iſt folgender: Eine minderjährige Beklagte war in einem einzigen Punkte des Erkenntniſſes verurtheilt worden, und ſuchte gegen dieſen Punkt Reſtitution. Der volljährige Kläger hatte ſich bei dem Urtheile beruhigt, verlangte aber jetzt deſſen gänzliche Umſtoßung, weil es ihm ſchien, die Beklagte ſei in den übrigen Punkten (widerrechtlich) begünſtigt worden. Der Juriſt entſcheidet, wenn der Punkt, wogegen Reſtitution geſucht worden, mit den andern Punkten nicht conner ſei, dürfe der Kläger mit ſeinem Antrage nicht gehört werden. — Nun wird per argumentum a contrario gefolgert, daß der Appellat mit der Adhäſion in Beziehung auf jene Punkte des Erkenntniſſes ſich beſchweren und Abänderung in ſeinem Intereſſe verlangen könne, welche durch die Berufung des

1) Zimmern, Geſch. d. röm. Privatrechts. Bd. I. Abth. I §. 102.

2) Arnold im Archiv f. d. civiliſt. Prax. Bd. XXVIII. S. 80.

3) Die Stelle lautet: „Ex causa curationis condemnata pupilla adversus unum caput sententiae restitui volebat, et quia videtur in ceteris litis speciebus relevata fuisse, actor major actate, qui acquievit tunc temporis sententiae, dicebat totam litem debere restaurari; Herennius Modestinus respondit, si species, in qua pupilla in integrum restitui desiderat, ceteris speciebus non cohaeret, nihil proponi, cur a tota sententia recedi actor postulans audiendus sit.“

Appellanten an den höheren Richter gebracht seyen[4]). Damit, und indem die Adhäsion mit der reformatio in pejus in Wechselwirkung gebracht wird, will man die damalige Statthaftigkeit der letzteren für den Fall erweisen, wenn die Beschwerden des Appellanten und des Appellaten resp. Adhärenten mit einander conner waren!

Vor Allem läßt sich hier nicht genug die Zuversicht bewundern, mit welcher von der Restitution auf die Appellation geschlossen wird, gerade so, als wenn beide Institute ganz correlativ wären. Was bei der Restitution gilt, soll ohne Weiteres auch bei der Appellation gelten! Die Rechtsfindung durch Analogie setzt doch immer eine Verwandtschaft, einen organischen Zusammenhang der Institute voraus[5]); daran fehlt es aber hier gänzlich, vielmehr bestehen zwischen Restitution und Appellation unverkennbare Gegensätze: jene ist ein außerordentliches und bloß suspensives, diese ein ordentliches und devolutives Rechtsmittel, Grund genug, um hier alles Analogisiren zu verwerfen. Von einer Adhäsion im Restitutionsverfahren hat ohnedieß noch kein Jurist etwas gehört, und das „dicere totam litem debere restaurari“ mit der Adhäsion im Justinianischen Appellationsverfahren Zusammenwerfen geht, den Anachronismus mit eingerechnet, über alle Begriffe.

Kurz — in der L. cit. ist der Fall einer Reformation überhaupt gar nicht gegeben, noch weniger der einer reformatio in pejus. Denn bei der Restitution wird nicht ein rechtzeitig angefochtenes Urtheil reformirt, sondern ein rechtskräftiges wird rescindirt. Eine reformatio in pejus im Sinne des §. 1 aber ist darum nicht in Frage, weil bei der Restitution nicht in höherer Instanz und nicht von Amtswegen erkannt wird, der Richter erster Instanz hebt sein eigenes Urtheil auf, und in der L. cit. haben beide Theile die Re-

4) Arnold a. a. O. S. 81.

5) v. Savigny, System d. röm. Rechts. Bd. I. S. 290—296.

scission ausdrücklich begehrt, die Beklagte bloß theilweise, der Kläger im Ganzen.

Sollte übrigens dennoch irgend ein Zweifel fortbestehen, ob vor Justinian die Adhäsion und die reformatio in pejus bereits Rechtens gewesen sei, so muß er vor dem eigenen Zeugniß Justinian's in der L. 39. Cod. cit. (§. 2 Note 11) verschwinden, da hier der Kaiser bestimmt erklärt, nach altem Herkommen habe bis zu seiner Zeit der Appellat nur im Falle einer von ihm eingewendeten Appellation Abänderung des Urtheils in seinem Interesse erwarten können.

§. 4.

Justinianisches Recht.

Justinian führte in Beziehung auf das Institut der Appellation mehrere Neuerungen ein, um die nach seiner Vorstellung verletzende Strenge und Härte des geltenden Rechts im Sinne der Billigkeit und im Interesse beider Parteien zu mildern. Unter diesen Neuerungen ist auch die Gestattung der reformatio in pejus, so wie die Einführung der bei uns sogenannten Adhäsion und deren Besorgung durch den Richter, wenn der Appellat nicht erschienen ist. Obgleich nur eine einzige Stelle, wenigstens in Ansehung der Adhäsion, eine bestimmte Disposition enthält, so kann doch nicht umgangen werden, hier mehrere Verordnungen aus dem Codex und aus dem Novellenrecht der Auslegung und Prüfung zu unterstellen, theils weil man aus denselben die reformatio in pejus mehr oder weniger nachzuweisen gesucht hat, theils weil sie sich gegenseitig so ergänzen und so berichtigend in einander greifen, daß nur die Gesammtanschauung derselben zur vollen und deutlichen Erkenntniß des hier einzeln zu untersuchenden Gegenstandes befähigt. Die bezüglichen Stellen nehmen den Zeitraum vom Jahre 529 bis etwa zum Jahre 544 ein, und sind in chronologischer Reihenfolge nachstehende: L. 10. Cod. quando provoc. nec. n. e. (7. 64.) L. 5. §. 4. Cod. de tempor. et reparat. appell. (7. 63). L. 39.

Cod. de appell. et consult. (7. 62.) Nov. 49. pr. cap. 1. Nov. 126. cap. 2. Dieſe ſind nunmehr zu interpretiren.

§. 5.

a) L. 10. Cod. quando provoc. nec. n. e. (7. 64.) Justinian. 6. April. 529*).

— „Omnem honorem salvum judicibus reservantes, si quando una pars, quasi laesa per definitivam eorum sententiam, provocatione usa fuerit, interdicimus alteri parti, quae vicit, pro hoc tantummodo, quod nihil capere pro sumptibus litis vel detrimentis, vel minus quam oportuerat, jussa est, provocationem offerre, quum ipsa decisionem litis recte factam esse confiteatur, judicibus scilicet, sive florentissimis proceribus sacri nostri palatii, sive his, quibus pro minore litium aestimatione consultationes delegantur, si perspexerint adjuvandum esse victorem sumptuum perceptione, etiam sine provocatione ejus hoc statuentibus, et justam eorundem sumptuum quantitatem definientibus.“

Juſtinian ſetzt hier in dem nämlichen Prozeſſe zwei Fälle als zugleich vorhanden voraus: 1) daß eine Partei ihren Gegner in der Hauptſache beſiegt habe, daß aber deſſen ungeachtet dem Sieger der Erſatz der Koſten oder Auslagen entweder gar nicht oder doch nur in einem zu geringen Betrage zuerkannt worden ſei; 2) daß der Beſiegte die Appellation in der Hauptſache ergriffen habe. Unter dieſen Umſtänden will der Kaiſer nicht, daß bloß allein der Koſten wegen appellirt werde, und in Anſehung derſelben eine Abänderung des vorigen Erkenntniſſes durch eine ſolche Appellation des Appellaten bedingt ſein ſolle. Daher verordnet er zweierlei: 1) er verbietet geradezu dem Appellaten, bloß

*) v. Buchholz in d. Jahrbüch. v. K. u. W. Sell. Bd. III. S. 118.

nur wegen des Koſtenpunktes zu appelliren, und 2) er legt dem Appellationsrichter die Pflicht auf, dem Appellaten den Erſatz der Koſten von Amtswegen zuzuſprechen, und deren angemeſſenen Betrag feſtzuſetzen, angenommen nämlich, das vorige Erkenntniß würde in dieſem Punkte für ungerecht angeſehen.

Jenes Verbot der Appellation entſpricht ganz den damals geltenden Rechtsgrundſätzen. Denn wegen der den Nebenpunkten — und als ſolche galten die Koſten [1]) — ermangelnden Selbſtſtändigkeit war es in der Regel nicht erlaubt, darauf, getrennt von der Hauptſache, nachher noch beſonders zu klagen [2]). Bei der Aehnlichkeit der Appellation mit der Klage (§. 18 Nr. 3) war es daher conſequent,

---

1) Schweppe, d. röm. Privatrecht. IV. Ausg. Bd. I. §. 165.

2) L. 2. Cod. Th. de fruct. et lit. expens. (4. 18.) L. 3. Cod. Just. eod. (7. 51.) a. 423. War jedoch in dem Urtheile über die Hauptſache der Koſtenpunkt bereits entſchieden, ſo konnte darauf die actio judicati angeſtellt werden. LL. citt. Statt derſelben bedient man ſich heutiges Tags einer den Hauptproceß fortſetzenden Imploration um Execution oder auch einer Executivklage. Schmidt, v. Klagen u. Einreden. IX. Ausg. §§. 1144. 1147. Note x. v. Linde, Lehrb. d. Civilproz. VI. Aufl. §. 370. Vgl. K.-G.-O. v. 1555. Th. III. Tit. 48. J. R. A. §. 159. W. A. v. 1713. §. 83. War im Haupterkenntniß eine Klage auf die Koſten vorbehalten, ſo konnte dieſelbe nachher erhoben werden. LL. citt. Ein ſolcher Vorbehalt wird aber bei uns kaum ausgeſprochen werden, da über die Koſten ſogleich miterkannt werden muß. v. Linde, a. a. O. §. 228. Dagegen kann es der Quantität wegen zu einer Liquidations-Inſtanz kommen. Oelße, Anleit. zur gerichtl. Prax. §. 335. Martin, Lehrb. d. bürg. Proz. XII. Ausg. §. 266. Note e. v. Linde a. a. O. §. 368. Das Schweigen des Richters über die Koſten ſchloß nach deſſen Urtheil die Verbindlichkeit zum Erſatze aus. LL. citt. L. 13. §. 6. Cod. de jud. (3. 1.) a. 530. L. 15. Cod. eod. a. 530. Dagegen L. 1. Cod. Th. de fruct. et lit. expens. (4. 18.) a. 369. Hefftter, Syſtem d. Civilproz.R. §. 278. — Ueber Nebenpunkte vgl. noch L. 8. Dig. de eo quod certo loco. (13. 4.) L. 49. Dig. de act. emt. v. (19. 1.) L. 13. Cod. de usur. (4. 32.) a. 234. L. 26. pr. eod. a. 528. L. 4. Cod. depos. (4. 32.)

der Koſten wegen auch die beſondere Appellation zu unterſagen[3]).

Bei dieſer Lage der Dinge wäre indeſſen der nur im Koſtenpunkte verletzte Appellat rückſichtlich dieſer ſeiner Verletzung hülflos geweſen; denn, wie geſagt, appelliren durfte er nicht, und ohne Appellation konnte eine Reformation nicht erfolgen. Aus dieſem Grunde gab Juſtinian für ſein Verbot der Appellation einen Erſatz, indem er die als gegründet erfundene Reformation des Koſtenpunktes in das officium judicis legte[4]). Auch dieß war im Rückblick auf die Klage conſequent; denn über die Koſten, auch wenn die Klage wegen der Hauptſache nicht darauf erſtreckt war, ſollte ſchon vor Juſtinian von Amtswegen erkannt werden[5]); es lag daher ſehr nahe, auch deßhalb nicht weiter eine Appellation des bloß im Koſtenpunkte Verletzten zu erfordern, und ein Erkenntniß darüber ex officio vorzuſchreiben, nachdem einmal der Prozeß durch die Appellation des in der Hauptſache Beſiegten an die höhere Inſtanz devolvirt war.

Ohne Zweifel hat Juſtinian in der L. 10. cit. eine reformatio in pejus (wörtlich) erlaubt und befohlen, allein nur rückſichtlich des Ausſpruchs über die Koſten, als Supplement des Urtheils in der Hauptſache. Daß dieß auch heutiges Tags noch Rechtens ſey, iſt anerkannt[6]) und kann aus der täglichen Praxis der Gerichte nachgewieſen werden. Dieſe Art von Reformation des ganz untergeordneten und acceſſoriſchen Koſtenpunktes wird im ſtreng techniſchen Sinne der

3) Doch wird die Appellation der Koſten wegen in dem Falle, wenn der Gegentheil in der Hauptſache nicht appellirt oder der Appellation entſagt hat, für ſtatthaft gehalten. Durantis specul. P. III. Lib. II. partic. 3. tit. de appell. §. 2. n. 24. sqq. (Ed. Francof. 1592. P. II. p. 477.) v. Bülow, Abhandl. Th. I. Braunſchweig 1817. S. 171.

4) Vgl. Baldus ad L. 10. Cod. quando provoc. nec. n. e.

5) v. Linde, Lehrb. d. Civilproz. §. 153. Vgl. L. 42. Dig. de re jud. (42. 1.)

6) Puchta üb. d. Grenzen d. Richteramts. S. 99. And. Mein. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 442. Note 1.

reformatio in pejus nicht inbegriffen (§. 1). Keineswegs aber läßt ſich aus einer ſo ſingulären Beſtimmung auf die ganz heterogene Hauptſache ſchließen und eine allgemeine Regel abſtrahiren [7]), beſonders da bei der Hauptſache immer eine eigene Klage und folgeweiſe eine eigene Appellation geſtattet war und iſt, alſo das oben bezeichnete Motiv des Geſetzgebers gänzlich fehlte.

§. 6.

b) L. 5. §. 4. Cod. de tempor. et reparat. appell. (7.63.) Justinian. 17. Nov. 529 *).

„Illud etiam merito addendum huic legi censemus, ut si quis fatali die apud appellationis judicem introductus, sive ex una parte sive cognitionaliter causae appellationis imponat exordium, deinde relicta ea discedat, et in desidia reliquum tempus permaneat, et annale tempus post inchoatam litem praeterierit, victore neque sententiam ad effectum perducere valente propter litem jam inchoatam, neque jam terminum accipere inveniente, quum appellatoris absentia eam finiri non facile concedit, hujusmodi iniquitatem amputantes (quum adversarius potest etiam minime praesente appellatore litem exercere, quia hoc speciale privilegium ejus est, qui appellationi examinandae praesidet, posse ex una parte causam dirimire) jubemus [1]), eundem appellatorem, nisi observaverit judicium, et causam usque ad finem peregerit, sed per eum steterit, quo minus omnia litis cer-

---

7) L. 14. Dig. de LL. (1. 3.) L. 23. §. 3. Dig. de fideicomm. libert. (40. 5.) L. 141. pr. L. 162. Dig. de reg. jur. (50. 17.) Cap. 28. 78. eod. in VI. (5. 12.) v. Savigny, Syſtem des röm. Rechts. Bd. I. S. 293.

*) v. Buchholz in d. Jahrbüch. v. K. u. W. Sell. Bd. II. S. 122.

1) Jubeamus. Vgl. d. Corpus juris civilis in's Deutſche überſetzt. Herausgeg. v. Otto, Schilling u. Sintenis. Bd. VI. S. 136. Note 51.

tamina impleantur, appellatione defraudari, et sententiam contra eum latam in suo robore durare et ad effectum perduci, tanquam si ab initio minime fuerit provocatum.“

Wenn alſo der Appellant ſeine Appellation am letzten Tage des Termins, als dem dies fatalis [2]), bei dem Appellationsrichter eingeführt hatte [3]), mochte der Appellat erſchienen ſein oder nicht, ſo war damit die Sache an die höhere Inſtanz devolvirt. Setzte alsdann der Appellant ſeine Apellation nicht weiter fort, ſo war der Appellat von ſeiner Seite nicht im Stande, die Beendigung des Proceſſes auszuwirken. Denn durch die Devolution war das vorige Urtheil in ſeiner Wirkſamkeit ſuſpendirt, und in der Appellationsinſtanz ſollte nach den beſtehenden Grundſätzen, ſo lange der Appellant abweſend und unthätig war, nicht weiter verfahren werden. So blieb alſo die Sache liegen, und der Appellat hatte das bloße müßige Zuſehen. Dagegen war der Appellant in Beendigung der Appellation keineswegs durch die Abweſenheit und Saumſeligkeit des Appellaten gehemmt. So wie er in des Letzteren Abweſenheit — „ex una parte“ — die Appellation einführen konnte, ſo war es ihm auch vergönnt, dieſelbe ganz einſeitig bis zum Urtheile fortzuſetzen und dieſes zu erlangen [4]). Dieſe Ungleichheit der Parteien erklärt Juſtinian für eine Unbilligkeit, und verordnet, daß regelmäßig binnen Jahresfriſt [5]) nach Einfüh-

2) L. 5. §. 1. Cod. h. t. Bethmann-Hollweg, Handb. d. Civilproz. Abth. I. Bd. I. S. 357.

3) Die Einlegung erfolgte bekanntlich bei dem Unterrichter. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 355.

4) L. 81. Dig. ad SC. Trebell. (36. 1.) — appellatione facta, quum solum Phoebus egisset (agere geht auf den Appellanten, §. 18, Note 4), μονομερῶς (altera parte absente) victus est, d. h. das vorige Urtheil wurde beſtätigt.

5) Die Beſtimmungen der Zeitfriſten von einem Jahre und eventuell von zwei Jahren ſind ebenfalls in unſerer L. 5. Cod. (7. 63.) enthalten, nämlich in §. 2 u. 5 am Ende.

rung[6]) der Appellation die Sache beendigt ſein und, wenn der Appellant bis dahin die Appellation nicht fortgeſetzt habe, das vorige Urtheil wieder in Kraft treten und exequirt werden ſolle, gerade ſo, als wenn gar nicht appellirt worden wäre[7]). Von einer reformatio in pejus iſt hier keine Spur, der Kaiſer verordnet nur das Wiederaufleben des vorigen Erkenntniſſes in contumaciam appellatoris.

Beiläufig iſt hier noch zu bemerken, daß der Zwiſchenſatz: quum adversarius etc. leicht mißverſtanden werden, und eine Verwirrung anrichten kann. So wie der Satz daſteht: — quum — potest — privilegium est — ſollte man meinen, Juſtinian trage das damals geltende alte Recht vor. Allein da unmittelbar vorher von dem alten Rechte erzählt iſt, daß der Appellat allein den Prozeß nicht betreiben könne, daß dieſer vielmehr in des Appellanten Abweſenheit unentſchieden bleibe, ſo würde es ein directer Widerſpruch ſein, von dem nämlichen alten Rechte zu ſagen: Adversarius (appellatoris) potest etiam minime praesente appellatore litem exercere, quia hoc speciale privilegium ejus est, qui appellationi examinandae praesidet, posse ex una parte causam dirimere. Man muß daher, um den ſcheinbaren Widerſpruch auszugleichen, bei der überhaupt ſchlechten Redaktion dieſer Verordnung annehmen, Juſtinian ſpreche hier von ſeiner Neuerung, und erläutere das iniquitatem amputare in dem Sinne: Wir ſchaffen dieſe Unbilligkeit ab, indem von jetzt an der Appellat auch in des Appellanten Abweſenheit den Prozeß dadurch erledigen laſſen kann, daß der Richter von jetzt an das beſondere Recht hat, auch auf des Appellaten alleiniges Nachſuchen die Sache zu entſcheiden, und Wir befehlen demgemäß ꝛc. ꝛc.

---

6) Die Nov. 49. (unten §. 8) ſagt zwar im prooem. „interponere,“ nachher aber im cap. 1. „introducere,“ ſo daß jenes ein ungenauer oder verwechſelter Ausdruck zu ſein ſcheint. Ebenſo in Nov. 126. cap. 2. (§. 9).

7) Heffter, Syſtem d. Civilproz.R. §. 446.

§. 7.

c) L. 39. Cod. de appell. et consult. (7. 62.) Justinian. 27. Mart. 530*).

Die angeführte Verordnung wird als die eigentliche Quelle und authentiſche Einſetzung der zuläſſigen reformatio in pejus erklärt.

Schon nach dem Pandectenrecht durfte der Appellat bei den angeordneten Verhandlungen in zweiter Inſtanz die Appellation ſeines Gegners in einer Vernehmlaſſung anfechten, Einreden dagegen vorbringen, und die Beſtätigung des vorigen Urtheils nachſuchen [1]). Allein das vo-

---

*) v. Buchholz in d. Jahrbüch. v. K. u. W. Sell. Bd. II. S. 125. Die Worte der Verordnung ſind:

„Ampliorem providentiam subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem emendamus, quum in appellationum auditoriis is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae haec non fecisset, sententiam sequi, qualiscunque fuisset, compellenda. Sancimus itaque, si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri praesidium, sin autem absens fuerit, nihilo minus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.“ Statt vigorem leſen Andere rigorem. Riedesel ab Eisenbach de adhaes. et comm. appell. §. 11. not. *). Offenbar unrichtig, da rigor auf ſtrenges Recht hindeutet, Ulp. fragm. XXV. 1. L. 5. pr. Cod. Th. de appell. (11. 30.] L. 32. pr. Dig. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1.), das partes adimplere aber ein Act der Billigkeit iſt. Vgl. L. 2. §. 1. Cod. Th. de suscept. (12. 6.) — per vigorem officii. Cap. 19. X. de sent. (2. 27.) — vigor aequitatis.

1) L. 41. Dig. fam. ercisc. (10. 2.) Quaedam mulier ab judice appellaverat, quod diceret, eum de dividenda hereditate inter se et coheredem non tantum res, sed et libertos divisisse et alimenta, quae dari testator certis libertis jusisset, nullo enim jure id eum fecisse; ex diverso respondebatur, censensisse eos divisioni, et multis annis alimenta secundum divisionem praestitisse; placuit standum esse alimentorum praestationi, sed et illud adjecit, nullam esse libertorum

rige Urtheil zu bekämpfen, und deſſen Abänderung zu ſeinen Gunſten zu verlangen, war dem Appellaten als ſolchem incidenter bei den Verhandlungen im Wege des formloſen Vorbringens nicht verſtattet. Nach einer alten Obſervanz konnte vielmehr blos derjenige, welcher förmlich appellirt hatte, eine ihm vortheilhafte Abänderung (emendatio) hoffen. Der Appellat dagegen, wenn er nicht ebenfalls förmlich appellirt, nach neuerem Sprachgebrauche principaliter adhärirt hatte [2]), mußte ſich von ſeiner Seite dem vorigen Urtheil, wie es auch lauten mochte, und bis und ſoweit es nicht in Folge der gegneriſchen Appellation reformirt wurde, unterwerfen.

Juſtinian hob dieſe Obſervanz auf und verordnete zweierlei, 1) Wenn der Appellant ſeine Beſchwerden eingeführt hat [3]), und der Appellat es vorzieht (si maluerit), anſtatt einer förmlichen Appellation das Urtheil bei Gelegenheit der Verhandlungen reſp. ſeiner Vernehmlaſſung anzufechten, ſo ſoll er dazu die Erlaubniß haben, vorausgeſetzt, daß er vor Gericht erſcheinen würde, und er ſoll dann ebenfalls eine Reformation zu ſeinem Vortheile erwarten können. Daraus war alſo die jetzt ſogenannte acceſſoriſche Adhäſion [4])

---

divisionem. Hier ſucht der Appellat durch eine Einrede die Appellation als grundlos darzuſtellen; der Appellationsrichter beſtätigt das Urtheil hinſichtlich der Alimente, ändert aber daſſelbe hinſichtlich der Freigelaſſenen, und zwar, wie anzunehmen iſt, nach dem vorausgegangenen Antrage und zu Gunſten des Appellanten. Vgl. auch L. 3. Dig. de his quae in testam. del. (28. 4.), zu deren Verſtändniß der casus in der Gloſſe nachzuleſen iſt. L. 4. Cod. de temp. et repar. (7. 63.)

2) Danz, Grundſ. d. ord. Proz. 5. Ausg. §. 415. Deſſen Grundſ. d. Reichsger.Proz. §. 336. Gönner, Handb. d. Proz. Bd. III. S. 160. Heffter, Syſtem d. Civilproz.R. §. 435.

3) Vgl. Linde im Archiv f. d. civiliſt. Prax. Bd. XIX. S. 485. (§. 18 lit. g.)

4) Das Wort „Adhäſion" iſt aus cap. 4. de elect. et electi potest. in VI. (1. 6.) entnommen. Adhaerentes heißen nämlich dort

eingeführt[5]) und der Wirkung nach der Appellation gleichgeſtellt[6]). — Juſtinian verordnete ferner: 2) Würde der Appellat bei der Tagfahrt nicht erſchienen ſein, ſo ſoll der Richter von Amtswegen (per suum vigorem) die Stellvertretung des Abweſenden[7]) übernehmen (ejus partes adimplere), d. h. — nach der gemeinen Meinung — er ſoll in pejus reformiren können. Davon das Nähere unten im §. 12.

§. 8.

d) Nov. 49. pr. cap. 1. Justinian. a. 536. v. 537*).

Nachdem Juſtinian in der angeführten Stelle erzählt hat, welche Entſchuldigungsgründe gewöhnlich die Appellanten dafür anführen, daß ſie die Appellation nicht rechtzeitig fortſetzen, gibt er genauere Beſtimmungen**).

ſolche, welche ſich einer Appellation als Streitgenoſſen anſchließen. In der ſpäteren Nutzanwendung des Wortes iſt die Bedeutung verkehrt, da nach dieſer der Adhärent Gegner des Appellanten iſt. Doch findet man den Ausdruck auch in der alten canoniſchen Bedeutung gebraucht. Mevii decis. P. I. dec. 158. P. IV. dec. 180. Lauterbach, colleg. theor. pract. Lib. XLIX. tit. 1. §. 14. Heſſ. Verord. v. 17. März 1797, §. 11 N. 11 bei Linde im Archiv f. d. civiliſt. Prax. Bd. XX. S. 61.

5) Deſſen ungeachtet blieb es auch ferner dem Appellaten freigeſtellt, unter Beobachtung der Fatalien zu appelliren. Nov. 126. cap. 2. — Causa appellationis — intra fatales dies — ab utraque parte — introducta. Baldus ad L. 10. Cod. quando provoc. nec. n. e. (7. 64.) — reus a condemnatoria appellavit, et actor ab absolutoria. (§. 16.) v. Linde, Lehrb. d. Civilproz. §. 392. a. E. Uebrigens iſt es unrichtig, zu behaupten, daß die Adhäſion in der Natur der Sache (?) und in allgemeinen Rechtsſätzen begründet ſei. Arnold im Archiv f. d. civiliſt. Prax. Bd. XXVIII. S. 79.

6) Von der Appellation unterſcheidet ſich die acceſſoriſche Adhäſion hauptſächlich nur durch ihre Formloſigkeit.

7) Riedesel ab Eisenbach de adhaes. etc. §. 13.

*) Böcking, Inſtit. Bd. I. S. 75.

**) „Quare merito haec nos commoverunt, quum et legem violari nolimus, et illis, qui ejusmodi fortuito casu lacsi sunt, quoad ejus

Dieſe Novelle iſt in Beziehung auf die L. 5. §. 4 Cod. (7. 63.) — (ſ. oben §. 6) — ein theils beſtätigendes, theils correctoriſches Geſetz.

---

fieri potest, auxilium ferre cupiamus. Quid ergo aliud faciendum erat, nisi ut ad aliam legem respiceremus, quae, ut decet, rei mederetur?"

Cap. 1. „Reliqua igitur dictae a nobis legis observatio, sicut ante diximus, per omnia custodiatur. Si vero re vera inevitabile quid contingat, et qui causam appellationis agit, non permaneat, et licet eam die fatali introduxerit, non compareat, ac periculum sit, ne biennii tempus excedat, tunc victori confirmetur sententia, quemadmodum prior nostra lex dicit, sed cum quadam limitatione, quam in praesenti adjicimus. Quum enim victoribus auxilium tulerimus, nimium tempus contrahentes illis, qui appellant, et constituto die appellationem introducunt, nec tamen certamen subire volunt, vel in medio etiam certamine illud deserunt, propterea exiguum quiddam victoribus auferentes, pulchre, quo decet, collineabimus. Volumus enim, ut ille qui causam obtinuerit, si re vera sententiam confirmari velit, non ex insidiis nec post tempus aliquod, sed statim, quum res patet, quumque causam deserit is qui appellavit, compareat, et de hoc ipso conqueratur, desertoremque quaerat, et sive eum invenire potuerit, sive is non appareat, jura sua in medium proferat, scilicet intra biennium, circa finem tamen ejus, ut unus fortasse mensis causae supersit. Et si quidem superior videatur, sententia firma sit, si vero inferior in certamine appareat, licet is, qui appellavit, quique constituto die appellationem introduxit, non permaneat, causa secundum jura decidatur, hoc solum addito, sive causam vincat, qui ante quoque vicerat, sive in ea inferior sit, ut expensas, quas fecit, post appellationem in judicium ingressus desertor illi omnino praestet. Sive enim causam obtinuit, quod attinet ad expensas hoc ipso, quod jure vicit, justum etiam est, ut expensas accipiat, sive inferior est, quoniam ille plane litem deseruit, et deserenti etiam vincere contigit, expensas quidem solvat, ubi vero sententiam obtinuit, Deo et praesenti legi gratias agat, quae ad hunc modum jus illi conservaverit, et sola impensa eum mulctaverit, qua non lex, sed ipse sese absens mulctavit. Quod si neuter compareat, neque victor, neque victus, qui constituto die appellationem introducens deinde abfuit, sententia victoris rata maneat, ceteraequa leges omnes, quae de appellationibus scripta sunt, tam quae ad terminos spectant, quam quae ad reliqua, firmae sint. Hanc enim legem expresse de iis ferimus, qui, postquam die consti-

Nachdem im Eingange das alte Recht und deſſen bereits erfolgte Abänderung wiedererzählt, auch die Beobachtung der Verordnung neuerdings eingeſchärft iſt, glaubt der Kaiſer in pr. §. 2, nach den getroffenen, für den Appellaten vortheilhaften Beſtimmungen könne der Appellant beeinträchtigt werden, und es ſei deßhalb noch ein Geſetz nothwendig, welches dieſem Mißſtande vorbeuge. Zur Erläuterung deſſen deutet er in cap. 1. pr. an, das verordnete unbedingte Wiederaufleben des erſtinſtanzlichen Urtheils in dem Falle, wenn der Appellant nicht erſchienen ſei, müſſe inſoferne für unbillig angeſehen werden, als das Urtheil für den Appellanten wirklich beſchwerend und einer Abänderung zu des Appellanten Vortheil rechtlich bedürftig ſein könne. Demnach erläßt Juſtinian beſondere Anordnungen, welche aber, wie aus den hier in den Noten angeführten römiſchen Geſetzſtellen hervorgehen wird, nicht ſowohl völlige Neuerungen, als Nutzanwendungen älterer Geſetze auf die Appellation ſind. Verordnet wird nämlich Folgendes:

1) Der Appellat, wenn er die Beſtätigung des vorigen Erkenntniſſes will, ſoll erſcheinen, ſich über das Liegenlaſſen der Appellation auf Seite des Appellanten beſchweren, und denſelben aufſuchen. Mag er nun den Appellanten gefunden haben, oder mag dieſer wieder ausbleiben, ſo ſoll er (der Appellat) ſeine rechtliche Nothdurft, d. h. hier, wo der Appellat lediglich die Beſtätigung verlangt, ſeine Vernehmlaſſung gegen die Appellation vorbringen, allein innerhalb

tuto appellationem introduxerunt, judicium deserunt, nihilque ex reliquis legibus aut temporibus appellationis neque abrogamus, neque mutamus, sed potius hac etiam lege eas confirmamus. §. 1. Etiam illud tamen iis, quae constituimus, addere pulchrum videbatur, si victores sententiam, quae ipsis victoriam confirmet, consecuti jam sint, ut illa fruantur, (nihil enim eorum, quae jam decisa sunt, movemus), si vero biennio durante et nondum praeteracto, ac sententia nondum confirmata huc usque pendeat, haec quoque eandem sortiatur examinationem, atque ita demum victores sententiis fruantur, si eas recte se habere ostenderint."

des zweijährigen Zeitraums, und zwar gegen das Ende desselben, so daß etwa noch ein Monat am Ablaufe fehlt, offenbar damit dem Appellanten noch einige Zeit zum Erscheinen und Handeln übrig sei [1]).

2) Alsdann aber, nach Ablauf des Zeitraums, soll das Urtheil erster Instanz nicht mehr unbedingt als bestätigt gelten, wie dieß L. 5. §. 4 Cod. (7. 63.) vorgeschrieben hat, sondern bei diesem Urtheil soll es nur dann verbleiben, wenn sich ergibt, daß der Appellat das Recht auf seiner Seite hat, im entgegengesetzten Falle soll die Sache ganz nach dem Recht, d. h. also abändernd zu Gunsten des Appellanten entschieden werden, ungeachtet daß dieser die Appellation nicht fortgesetzt hat [2]).

3) In beiden Fällen soll jedoch der nicht erschienene Appellant in die Kosten zweiter Instanz verurtheilt werden. Denn hat in zweiter Instanz der Appellat durch Bestätigung obgesiegt, so entspricht es ohnehin dem bestehenden Rechte, daß ihm die Kosten ersetzt werden [3]). Ist aber der Appellat

1) Vgl. L. 13. §. 2. Cod. de jud. (3. 1.) a. 530. Et si quidem pars actoris cessaverit, quatenus multiplici dilatione reus fatigetur, et triennii metae post litem contestatam jam prope finem veniant, ut semestre tempus tantum ei supersit, licentia erit judici, per executores negotii actorem requirere, parte fugiente ex una parte actoris absentiam incusante. S. noch K.-G.-O. v. 1555. Th. III. Tit. 44. §. 1.

2) Vgl. L. 73. pr. Dig. de jud. (5. 1.) Et post edictum peremptorium impetratum, quum dies ejus supervenerit, tunc absens citari debet, et sive responderit, sive non responderit, agetur causa et pronunciabitur, non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet. L. 13. §. 2. Cod. de jud. (3. 1.) a. 530. — etiam absente actore, si eum meliorem causam habere perspexerit (judex), pro eo ferre sententiam non moretur, et praesentem reum absenti actori condemnare. L. 1. Cod. quomodo et quando jud. (7. 43.) Sine die et cons. — Non semper compelleris, ut adversus absentem pronuncies, propter subscriptionem patris mei, que significavit etiam contra absentes sententiam dari solare. Id enim eo pertinet, ut etiam absentem damnare possis, non ut omnimodo necesse habeas.

3) L. 13. §. 6. Cod. de jud. (3. 1.) a. 530. Sive autem alterutra parte absente, sive utraque praesente lis fuerit decisa, omnes judices, qui

vermöge der Abänderung unterlegen, ſo muß ihm der gleichwohl obſiegende Appellant doch wegen ſeines ungehorſamen Nichterſcheinens die Koſten vergüten, und der Appellant mag noch Gott und dieſem das alte Recht (§. 6) beſeitigenden Geſetze danken, daß er jetzt den Proceß in der Hauptſache gewinnt und nur mit der Strafe des Koſtenerſatzes durchkömmt, welche er durch ſeinen Ungehorſam ſelbſt verſchuldet hat[4]).

4) Iſt weder der Appellat noch der Appellant erſchienen, der Termin alſo circumducirt worden, dann ſoll es unbedingt bei dem vorigen Urtheil ſein Bewenden haben[5]). Uebrigens ſollen alle anderen geſetzlichen Beſtimmungen über die Termine und weiteren Verhältniſſe der Appellationen aufrecht erhalten werden. Die Nov. 49 iſt nämlich ausdrücklich nur rückſichtlich ſolcher Appellanten erlaſſen, welche nach vollzogener Einführung der Appellation dieſes Rechtsmittel nicht fortſetzen, alle anderweitigen Verordnungen dagegen ſollen unverändert und hiemit beſtätigt ſein.

5) Noch wird zweckmäßig befunden, beizuſetzen, daß der in erſter Inſtanz als Sieger erklärte Appellat, wenn er

---

sub imperio nostro constituti sunt, sciant victum in expensarum causa victori esse condemnandum. Cf. L. 78. §. 2. Dig. de legat. II. (31.) L. 1. Cod. Th. de fruct. et lit. expens. (4. 18.) a. 369. L. 4. Cod. Just. eod. (7. 51.) a. 450. L. 5. eod. a. 487.

4) Vgl. L. 13. §. 2. Cod. de jud. (3. 1.) a. 530. — expensis tantummodo litis, quas reus legitime se expendisse juraverit, condemnatione (praesentis rei) excipiendis, quia hanc poenam actori, et meliorem causam habenti, propter solam absentiae contumaciam imponimus. S. noch K. G. O. v. 1495. §. 22.

5) Arg. L. 73. §. 1. Dig. de jud. (5. 1.) Quod si is, qui edictum peremtorium impetravit, absit die cognitionis, is vero, adversus quem impetratum est, adsit, tum circumducendum erit edictum peremtorium, neque causa cognoscetur, neque secundum praesentem pronunciabitur. Cf. Arg. L. 36. Dig. de dolo malo (4. 3.) L. 10. pr. Dig. de compens. (16. 2.) L. 2. Cod. quomodo et quando jud. (7. 43.) a. 238. — Gönner, Handb. d. Proz. Bd. I. S. 458. Seltſam wird die Beſtimmung gefunden von Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 447.

in zweiter Instanz ein bestätigendes Urtheil bereits erlangt hat (s. oben Nr. 1), dasselbe soll zum Vollzug bringen können; eine weitere Instanz, insbesondere bei dem Kaiser, soll also nicht eintreten; Justinian will vielmehr dasjenige, was also entschieden ist, nicht weiter verändern. Wenn aber der zweijährige Zeitraum noch nicht abgelaufen, auch das Urtheil erster Instanz noch nicht bestätigt, sondern noch suspendirt ist, so soll dieses Urtheil geprüft werden, offenbar damit, wie oben unter Nr. 2 erfordert wird, die Entscheidung „secundum jura" erfolgen könne[6]). Dann aber soll das Urtheil durch den Obsiegenden, als welcher hier besonders der Appellant gemeint zu sein scheint, vollziehbar sein, wenn er dessen Rechtmäßigkeit darthun kann.

§. 9.

e) Nov. 126. cap. 2. Justinian. a. 543 v. 544*).

Der Kaiser, durch die bisherigen Reformen noch nicht befriedigt, erläßt in dem hier genannten Gesetze vier Vorschriften:

---

6) L. 13. §. 4. Cod. de jud. (3. 1.) a. 530. Quum autem eremodicium ventilatur, sive pro actore, sive pro reo, examinatio causae sine ullo obstaculo celebretur.

*) Böcking, Instit. Bd. I. S. 77. Diese Novelle ist nicht glossirt, also nicht recipirt. Wie konnte Linde im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XIX. S. 474. dieß für etwas Gleichgültiges erklären? — Der Text ist folgender:

— „In omnibus autem appellationibus hoc obtinere jubemus, ut, quotiescunque appellatione interposita, intra definitum tempus utraque pars fatalem diem observaverit, sine dilatione judices tam acta quam judicata examinare studeant, legique ac juri consentaneam sententiam ferant. Quod si is solum, qui appellavit, ingressus sit, jubemus, ut judices usque ad ultimum fatalem diem exspectent, et si victor quaesitus nec inventus fuerit, examinatis actis causae legitimum finem imponant. Sin vero is solus, qui victricem sententiam accepit, ingressus fuerit, judices non solum ultimum fatalem diem, sed et tempus reparationis, hoc est tres menses exspectent. Et si ne tum quidem appellator inveniatur, ne-

1) Wenn nach Einlegung (ſ. h. Einführung, vgl. §. 6 Note 6) der Appellation beide Theile für die weiteren Handlungen den dies fatalis einhalten, ſoll der Appellationsrichter ohne weiteren Aufſchub die Acten und die vorige Entſcheidung prüfen, und nach Geſetz und Recht ſein Urtheil erlaſſen.

2) Wenn bloß der Appellant erſchienen iſt, ſoll der Richter den letzten dies fatalis abwarten, und wenn der Appellat aufgeſucht, bis dahin aber nicht vorgefunden worden iſt, nach Prüfung der Verhandlungen die Sache den Geſetzen gemäß entſcheiden.

3) Im entgegengeſetzten Falle, bei dem einſeitigen Erſcheinen des Appellaten, liegt dem Richter ob, nebſt dem letzten dies fatalis noch weitere drei Monate (tempus reparationis) abzuwarten. Iſt auch bis dahin der Appellant nicht aufgefunden, ſo ſoll nicht durch bloßen Zeitablauf das vorige Urtheil zu Kräften kommen, ſondern wenn auch nur Ein Theil (der Appellat) gegenwärtig iſt, hat der Richtrr die Verhandlungen und die vorige Entſcheidung zu prüfen. Hält dieſe die Prüfung aus, ſo iſt ſie zu beſtätigen, iſt aber etwas darin verfehlt, ſo ſoll dieſes verbeſſert und das Urtheil nach den Geſetzen erlaſſen werden.

4) Iſt überhaupt die Appellation nur rechtzeitig eingeführt, ſei es von beiden Theilen oder auch nur von Einem Theile, ſo ſoll durch den bloßen Zeitablauf der zweijährigen

---

quaquam decursu temporis sententia confirmetur, sed vel una parte praesente judices tam acta quam judicata examinent. Ac si quidem sententiam recte latam invenerint, eam confirment, sin autem neglectum aliquid sit, id corrigant, et legitimam sententiam ferant. Causa vero appellationis semel intra fatales dies sive ab utraque parte sive ab uno introducta, nequaquam biennalis temporis decursu sententia confirmetur, sed veritate et jure considerato causae illae, sive una sive utraque parte praesente, legiiime decidantur."

Frist das vorige Urtheil nicht die Bestätigung erlangen, sondern der Richter soll, in Gegenwart Einer Partei oder beider Parteien, nach Wahrheit, Recht und Gesetz entscheiden.

§. 10.

Resultat.

Die ganze bisherige Darstellung führt zu dem Resultate, daß die reformatio in pejus durch die interpretirten Gesetze *nicht* eingeführt sei. Inwieferne die L. Ampliorem (§. 7) etwa *indirekt* dieselbe den Richtern vorschreibe, wird noch im §. 12 erörtert werden. Abgesehen davon vereinigen sich Justinians Bestimmungen in Ansehung des oberrichterlichen Urtheils dahin, daß nur dann, wenn nach Einführung der Appellation *beide* Theile nicht erschienen sind, das Urtheil erster Instanz *unbedingt* und gleichsam blindlings bestätigt werden solle, außerdem aber der Richter verbunden sei, jede eingeführte Appellation, mag nun jeder oder auch nur Ein Theil erschienen sein, *nach dem Recht* zu entscheiden, *bestätigend*, wenn der Appellat das Recht für sich hat, *abändernd*, wenn es auf Seite des Appellanten ist. Wie soll hiebei, wo der Appellat im *günstigsten* Falle *bloß* auf die *Bestätigung* vertröstet ist, eine reformatio in pejus herauskommen?

Für diese Erklärung muß hier noch ein Grund geltend gemacht werden, welcher oben bei der Auslegung jedes einzelnen Gesetzes deßhalb absichtlich übergangen wurde, weil er für mehrere Stellen gemeinschaftlich ist, und daher erst jetzt, nachdem der Inhalt aller aufgeschlossen vor Augen liegt, leichter und besser erkannt werden wird.

Die L. 5. §. 4 Cod (7. 63.) und die beiden Novellen 49 und 126 nennen regelmäßig den Appellaten *Sieger* (victor — ille, qui causam obtinuit, — qui ante vicerat, qui victricem sententiam accepit). *Ein siegreicher Appellat bedarf aber der reformatio in pejus gar*

nicht[1]), dieſe wird ſogar in der Regel unmöglich ſein, und man könnte daher die reformatio in pejus nur mit dem gröbſten Mißverſtändniß in die Geſetze hineininterpretiren. Wende man dagegen nicht ein, in den Geſetzen werde von einem Appellaten gehandelt, welcher in erſter Inſtanz nur theilweiſe obgeſiegt habe, theilweiſe aber unterlegen ſei, und in letzterer Rückſicht allerdings das Bedürfniß der reformatio in pejus habe! Von einem bloß theilweiſen Sieg oder einem theilweiſen Unterliegen kömmt auch nicht Eine Sylbe vor, es iſt vielmehr immer ſchlechthin victor und dgl. geſagt, ſo daß darunter ein vollſtändiger Sieger verſtanden werden muß, wie auch in andern Stellen[2]). Demnach haben auch die Geſetze im Intereſſe des Appellaten nur die Beſtätigung angeordnet[3]), und wo die Reformation vorgeſchrieben iſt, kann ſie nicht eine reformatio in pejus (appellatoris, et in melius adversarii, §. 1) bedeuten.

---

1) Arnold im Archiv f. d. civiliſt. Prax. Bd. XXVIII. S. 100, 104.

2) Gaj. IV. 13. 92. 169. 178. L. 6. Cod. Th. ad L. Jul. repet. (9. 27.) L. 62. §. 1. Dig. de evict. (21. 2.) L. 5. §. 1. Dig. ut legat. s. fideicomm. serv. c. c. (36. 3.) L. 39. Dig. de adquir. v. amitt. poss. (41. 2.) L. 10. Cod. unde vi. (8. 4.) Auch in dem Falle der oben (§. 5) erklärten L. 10. Cod. (7. 64.) wird Niemand beſtreiten, daß der Appellat („pars, quae vicit") den Prozeß in der Hauptſache vollſtändig gewonnen habe. Nur in der L. Ampliorem (§. 7.) kömmt ein Appellat vor, welcher beſchwert iſt, und daher eine reformatio in pejus wohl brauchen könnte, allein wohlweislich wird hier der Appellat auch nicht victor genannt.

3) L. 5. §. 4. Cod. (7. 63.) — jubemus — sententiam contra eum (appellatorem) latam in suo robore durare. Nov. 49. pr. — Sancivimus, ut victori firma maneat sententia. Cap. 1. — Et si quidem superior videatur (victor antea), sententia firma sit. — Quod si neuter compareat, — sententia victoris rata maneat. Nov. 126. cap. 2. — si quidem judices sententiam recte latam invenerint, eam confirment.

(Beſchluß im nächſten Hefte.)